

idp

idp

MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA

UMA CRÍTICA À TEORIA DA EFICIÊNCIA DO COMMON LAW

DIOGO AUGUSTO VIDAL PADRE

Brasília-DF, 2022

DIOGO AUGUSTO VIDAL PADRE

UMA CRÍTICA À TEORIA DA EFICIÊNCIA DO COMMON LAW

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Economia, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Economia.

Orientador

Professor Doutor Pedro Fernando Nery

Coorientador

Professor Doutor Leandro Chaves Rêgo

Brasília-DF 2022

DIOGO AUGUSTO VIDAL PADRE

UMA CRÍTICA À TEORIA DA EFICIÊNCIA DO COMMON LAW

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Economia, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Economia.

Aprovado em 10 / 06 / 2022

Banca Examinadora

Prof. Dr. Pedro Fernando Nery - Orientador

Prof. Dr. Leandro Chaves Rêgo - Coorientador

Prof. Dr. Fernando Boarato Meneguim

P124 Padre, Diogo Augusto Vidal
Uma crítica à teoria da eficiência do common law / Diogo Augusto Vidal
Padre. – Brasília: IDP, 2022.

58 p. . : il. Color.

Inclui bibliografia.

Trabalho de Conclusão de Curso (Dissertação) – Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado em Economia, Brasília,
2022.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Fernando Nery

1. Common law. 2. Eficiência. 3. Teoria da eficiência. I. Título.

CDD: 330

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa



DEDICATÓRIA

À minha filha, Tarsila.



AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus orientadores, Professor Dr. Pedro Fernando Nery e Professor Leandro Chaves Rêgo, pela confiança, incentivo, paciência e pelos preciosos ensinamentos compartilhados. Estou certo de que não chegaria a este ponto sem esse apoio.

Aos membros da banca examinadora, Professor Fernando Boarato Meneguim que tão gentilmente aceitou participar e colaborar com este trabalho, com argutas observações que muito acrescentaram ao resultado final da dissertação.

Agradeço ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e a todos os seus professores, pela qualidade do seu programa de pós-graduação, o que faço na pessoa do Professor Mathias Schneid Tessmann.

Expresso minha profunda gratidão aos professores de outras instituições que, durante o período de mestrado, receberam-me como aluno especial ou ouvinte: Vinícius de Araújo Mendes, Leandro Chaves Rêgo, Carlos Diego Rodrigues, Maurício Soares Bugarin, Amanda Flávio de Oliveira, Adriana Sbicca Fernandes, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Julyan Gleyvison Machado Gouveia Lins e Paulo de Melo Jorge Neto. A gentileza desses mestres contribuiu de modo inestimável para o meu desenvolvimento acadêmico.

Agradeço ainda à minha família pelo apoio e pela compreensão do isolamento.

Sou muito grato à Assessora Ministerial Hannah Mayria Menezes Mota; à Procuradoria-Geral de Justiça e ao Conselho Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

Registro minhas desculpas a todas as demais pessoas que aqui não foram nomeadas, e que de algum modo fizeram parte dessa conquista, mas dirijo também a elas o meu muito obrigado.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar a teoria da eficiência do *common law*, que propõe que o sistema jurídico de *common law* tende a produzir normas jurídicas mais eficientes que o sistema jurídico de *civil law*. Para investigar a existência, ou não, de relação necessária entre normas jurisprudenciais e a eficiência, desenvolveu-se um modelo de teoria dos jogos evolucionários para representar o processo de mudança das normas jurídicas de um sistema de *common law* puro. O modelo teórico mostra que, no equilíbrio, a proporção de normas eficientes é igual à proporção de juízes que nutrem preferência por normas que geram resultados eficientes. Desse modo, a eficiência das normas jurisprudenciais depende do viés judicial pela eficiência, e não do comportamento das partes. Como as preferências dos indivíduos são ditadas por suas ideias ou crenças, no longo prazo, o progresso do direito depende, em última instância, da capacidade da opinião pública de cultivar ideias benéficas.

Palavras-chaves: *Common law*, eficiência, ideias, preferências.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the theory of common law efficiency, which proposes that the common law legal system tends to produce more efficient legal norms than the civil law legal system. To investigate the existence, or not, of a necessary relationship between jurisprudential norms and efficiency, an evolutionary game theory model was developed to represent the process of changing legal norms from a pure common law system. The theoretical model shows that, at equilibrium, the proportion of efficient norms is equal to the proportion of judges who have a preference for norms that generate efficient results. In this way, the efficiency of jurisprudential norms depends on the judicial bias towards efficiency, and not on the behavior of the parties. As individuals' preferences are dictated by their ideas or beliefs, in the long run the progress of law ultimately depends on the ability of public opinion to cultivate beneficial ideas.

Keywords: Common law, efficiency, ideas, preferences.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1

Matriz de jogo em forma normal de soma-zero

.....27

Quadro 2

Matriz de jogo em forma normal com juízes com viés pela eficiência

.....30

Quadro 3

Matriz de jogo em forma normal com juízes com viés pela ineficiência

.....30

Quadro 4

Matriz de jogo em forma normal com juízes selecionados aleatoriamente

.....30

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A TEORIA DA EFICIÊNCIA DO COMMON LAW	16
2.1 Teorias intencionais	17
2.2 Teorias não intencionais	20
3. MODELO TEÓRICO	26
4. ANÁLISE E IMPLICAÇÕES DO MODELO	33
5. CONCLUSÃO	45
Referências	47



1

INTRODUÇÃO

O aforismo latino *ubi societas, ibi jus* expressa a sabedoria jurídica dos romanos. De fato, os indivíduos passaram a viver em sociedade quando perceberam que a cooperação mútua, fundada na divisão do trabalho, poderia facilitar a consecução dos seus objetivos. Mas a cooperação social depende de boas instituições.

A principal função das instituições, em geral, é transmitir conhecimento e estruturar incentivos (HAYEK, 1945; NORTH, 1990; O'DRISCOLL; RIZZO, 2015). As normas jurídicas economizam conhecimento explícito, na medida em que direcionam as escolhas dos indivíduos para certas ações, dispensando-as de um maior esforço deliberativo a cada caso, (HAYEK, 1973; FULLER, 1975; LANGLOIS, 1992), e funcionam como preços que influenciam a análise de custo-benefício dos indivíduos (COOTER, 1984; KORNHAUSER, 1988; COYNE, 2017). Quando eficientes, as normas jurídicas conferem a previsibilidade necessária para o planejamento das ações e induzem a cooperação social.

Os fatores determinantes da eficiência de um ordenamento jurídico, entretanto, ainda não foram suficientemente esclarecidos. Uma teoria muito influente em *Law and Economics* postula que a eficiência do direito decorre do modelo de produção das normas jurídicas, de forma que as normas criadas pelos tribunais tendem a ser mais eficientes que as editadas pelas legislaturas. Uma decorrência dessa proposição é a chamada teoria da eficiência do *common law*, ou seja, a ideia de que este sistema jurídico seria mais propício à promoção da eficiência econômica do que o sistema jurídico de *civil law*.

No mundo ocidental, o direito pode ser classificado em duas grandes tradições: o *common law*, ou direito anglo-saxão; e o *civil law*,

ou direito romano-germânico. A principal diferença entre esses sistemas jurídicos reside na fonte de produção das normas jurídicas. No sistema de *common law*, o ordenamento jurídico é composto prioritariamente por precedentes criados pelo Judiciário, a partir do julgamento de casos concretos, teoricamente com base nos costumes do povo. No sistema de *civil law*, o ordenamento jurídico é composto principalmente por leis escritas produzidas pelos órgãos legiferantes. As leis escritas assumem uma posição secundária no *common law*; enquanto os costumes e a jurisprudência exercem um papel coadjuvante no *civil law*. Além disso, o *common law* é mais particularista, prático e orientado para a jurisprudência; ao passo que o *civil law* é mais sistemático, codificado, e influenciado pelo direito romano.

Mas as diferenças dos sistemas jurídicos realmente fornecem uma justificativa convincente para a eficiência das suas normas? Se os efeitos produzidos pelas normas jurídicas dependem do seu conteúdo, em vez da sua origem, a confirmação da teoria da eficiência do *common law* exige a demonstração de uma relação necessária entre o conteúdo das normas jurídicas e o seu processo de produção.¹ Dito isso, é legítimo esperar que o modelo de produção das normas jurídicas gere mais do que meras distinções técnicas entre os sistemas de *common law* e *civil law*?

A presente pesquisa objetiva examinar a teoria da eficiência do *common law*, investigando a existência, ou não, de relação necessária entre a eficiência das normas jurídicas e o seu modelo de produção. Entende-se por normas jurídicas eficientes as regras e os princípios jurídicos que maximizam a soma das utilidades de todos os indivíduos da sociedade.

Para essa finalidade, apresentamos um modelo econômico baseado na teoria dos jogos evolucionários, cuja conclusão aponta que a eficiência das normas jurídicas, em um sistema de *common law*, depende da preferência dos juízes por normas eficientes, o que

¹ Existe um programa de pesquisa que busca investigar, com métodos econométricos, a possível predisposição do *common law* à promoção do crescimento econômico que recebe o nome de teoria das origens jurídicas (*legal origins theory*). Essa hipótese não será objeto da nossa pesquisa, tendo em vista que inexistente uma relação direta entre a teoria da eficiência do *common law* e a hipótese das origens jurídicas (GAROUPA; LIGÜERRE; MÉLON, 2017).

chamamos de viés judicial pela eficiência. O modelo mostra que, no equilíbrio, a proporção de normas eficientes em um ordenamento jurídico é igual à proporção de juízes com viés pela eficiência existente no sistema judiciário. Entendemos que este trabalho pode contribuir para o estudo dos fatores determinantes da eficiência das normas jurídicas.

Esta dissertação está dividida em cinco seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta a teoria da eficiência do *common law*, classificando-as em: teorias intencionais, quando a eficiência das normas jurídicas é explicada pelo desejo deliberado dos juízes; e teorias não intencionais, quando a eficiência do direito é explicada por fatores que independem das preferências dos magistrados. A terceira seção desenvolve o modelo teórico para explicar o processo de mudança das normas jurídicas em um sistema de *common law*. A quarta seção analisa as implicações teóricas do modelo. A quinta sessão traz as conclusões.

2



2

A TEORIA DA EFICIÊNCIA DO COMMON LAW

O princípio da *mão invisível* é considerado uma das maiores descobertas intelectuais da história da economia (BUCHANAN, 1977; 2001; ARROW; HAHN, 1971). A proposição de Smith (1977) é que, nos mercados, o interesse próprio pode levar os indivíduos a promover o bem-estar social com mais eficácia do que quando eles realmente o perseguem deliberadamente. No século XX, Hayek (1960, 1973) desenvolveu a ideia, enfatizando que uma ordem social poderia emergir de ações descentralizadas de milhões de indivíduos, coordenadas espontaneamente.

A proximidade conceitual da ordem espontânea com a seleção natural darwiniana (BARRY, 1982; CARREY, 1998) contribuiu para a recepção das explicações de mão invisível em outros domínios do conhecimento. No direito, diversas doutrinas evolucionárias buscaram compreender a mudança das normas jurídicas no tempo (ELLIOT, 1985; HOVENKAMP, 1985). De acordo com Hutchinson (2005), a metáfora evolucionária sempre iluminou os esforços de explicar a natureza do *common law*, às vezes, de modo modesto, oblíquo e implícito, mas, ocasionalmente, de forma abrangente, ousada e explícita.

Um conjunto desses modelos explicativos, propostos por teóricos de *Law and Economics*, sugere que a evolução do direito tende à eficiência quando as normas jurídicas são produzidas por meio do processo judicial. A associação da mudança normativa com o progresso econômico não causa surpresa, tendo em vista que a teoria econômica enfatiza a tendência dos mercados de caminhar para o equilíbrio. Entretanto, fora do domínio econômico estrito, essa tese merece ser avaliada cuidadosamente, já que a evolução é entendida apenas como mudança histórica, e não avanço normativo (DAWKINS, 1996; HUTCHINSON, 2005).

Existem duas classes de teorias que procuram elucidar o mecanismo de evolução eficiente das normas jurídicas no sistema de *common law*: as teorias intencionais, que explicam o progresso do direito pela motivação dos juízes; e as teorias não intencionais, que prescindem da preferência, e até mesmo da racionalidade, dos juízes para explicar a evolução das normas jurídicas.

2.1 TEORIAS INTENCIONAIS

Richard Posner foi o primeiro e principal defensor da tese da eficiência do *common law*. Ele atribuiu a propensão para a eficiência das normas jurisprudenciais à preferência dos magistrados. Mas, antes dele, Ronald Coase já havia sugerido essa possibilidade, por motivos semelhantes.

Coase (1960) demonstrou que o problema das externalidades reside nos custos de transação, pois as partes chegarão a um acordo que maximizará o valor do produto social, sempre que inexisterem custos para a barganha. Entretanto, como a suposição de custos de transação zero é bastante irrealista, a maximização da riqueza na sociedade geralmente dependerá da formatação do ordenamento jurídico. Coase (1988; 1992) enfatiza a necessidade de comparar os efeitos de arranjos institucionais alternativos, a fim de que os direitos sejam inicialmente atribuídos a quem puder utilizá-los de modo mais produtivo.

Nesse contexto, Coase (1966; 1970; 1974a) expressou desconfiança em relação aos legisladores e reguladores, afirmando que eles seriam incompetentes, corruptíveis, e movidos pelo autointeresse (COASE, 1974b), razão pela qual a alocação de direitos deveria ser confiada, tanto quanto possível, ao mercado (COASE, 1962). Por outro lado, Coase (1960), acreditava que os tribunais poderiam promover a alocação de direitos com mais eficiência que os legisladores e reguladores, pois os juízes levariam em consideração o aspecto econômico das questões em disputa. Como bem resumiu Bertrand (2015), na visão de Coase, o juiz estaria mais próximo do sistema de preços do que os legisladores.

Posner (1986) propôs que o *common law* funciona como um sistema de maximização da riqueza, esclarecendo que a riqueza não se limita a bens com preços explícitos (POSNER 1981). Desse modo, a eficiência é entendida como a maximização da soma da utilidade de

todos os indivíduos da sociedade. A explicação de Posner (1986) é que os juízes preferem, ao menos indiretamente, a eficiência, na medida em que, para efeitos práticos, ela se confundiria com muitas das concepções de justiça perseguida pelos tribunais. Posner (1993) também argumenta que os juízes só precisam se preocupar com a eficiência nos casos efetivamente novos, pois, nos litígios subsequentes, basta que os juízes sigam a jurisprudência para que resultados eficientes sejam alcançados.

Para Posner (1986), o direito legislado não apresenta a mesma tendência à eficiência porque o processo eleitoral cria incentivos para que os parlamentares editem leis com o intuito de favorecer os grupos de interesses especiais que fortaleçam as suas perspectivas eleitorais. Em contraste, as garantias e vedações da magistratura removem as recompensas e punições que motivariam os juízes a decidir em seu próprio benefício. Para Posner (2008), a legislação reflete a preferência dos legisladores, e o juiz é um deles, porém é um legislador desinteressado.

Embora o Poder Judiciário esteja situado acima da política (LANDES; POSNER, 1975), isso nunca impediu que grupos organizados, de todos os espectros políticos (O'CONNOR; EPSTEIN, 1983), atuem estrategicamente em processos judiciais, movidos menos pelo interesse em disputas específicas do que na formação de precedentes que nortearão os casos futuros. Não se deve ignorar a existência do *lobby* judicial, que se distingue do *lobby* legislativo apenas pelas táticas adotadas em cada arena (VOSE, 1958).² De acordo com Rubin, Curran e Curran (2001), os grupos interessados em uma mudança jurídica optam pelo *lobby* político ou litígio judicial, a depender de qual método de atuação eles entendem ser mais promissor para atingir o objetivo pretendido. A peculiaridade do *lobby* judicial é que os grupos organizados não podem contar com a participação deliberada do juiz, tendo que convencê-lo com argumentos, e não com favores políticos.³

² Whittington (2005) identificou que até atores políticos costumam agir de forma oportunista, ao incentivar o manejo de ações judiciais com o intuito de alcançar resultados que eles mesmos desejam, mas preferem não encampar pessoalmente no cenário político.

³ Vale destacar que a literatura especializada nem sempre condena o *lobby*. Sob certas condições, o *lobby* poderia funcionar como um instrumento moderador das políticas públicas, evitando a implementação de propostas extremistas (FELLI; MERLO 2006; ZUDENKOVA 2016). Para Zudenkova (2016), a única diferença do *lobby* para a competição eleitoral seria de ordem temporal, já que as disputas entre os grupos de interesses ocorreriam na fase pós-eleitoral.

Posner (1986) ainda pondera que os tribunais carecem de ferramentas eficazes para promover a redistribuição de riqueza, sendo preciso aumentar o bem-estar da sociedade inteira para favorecer um grupo específico. É verdade que os juízes não podem efetuar a redistribuição direta da riqueza, mas esse propósito pode ser realizado por via indireta, sempre que um tipo de litigante (p. ex., inquilinos e empregados) é constantemente favorecido, simplesmente por pertencer a determinado grupo (FRIEDMAN, 2000).

Essa objeção não infirma, contudo, a hipótese de preferência judicial pela eficiência, já que muitos juízes acreditam estar promovendo o bem-estar social, ao favorecer certos tipos de litigantes. A suposição de preferência por normas eficientes constitui uma hipótese psicológica, sujeita à confirmação empírica. Não obstante, reconhecemos a razoabilidade dessa proposição, uma vez que, além de a legislação remover satisfatoriamente os incentivos disfuncionais, parece implausível supor que os magistrados nutram preferência pela redução do bem-estar da sociedade, ou que esse resultado lhes seja indiferente.

Se a estrutura do sistema judicial consegue solucionar adequadamente as questões de incentivo, o mesmo não pode ser dito em relação aos problemas de conhecimento. Idealmente, a norma jurídica deveria resultar da ponderação de todos os custos e benefícios sociais, de modo a produzir os mesmos resultados que seriam alcançados pelo mercado, caso os custos de transação não fossem tão altos. Esse ofício exige nada menos que a onisciência dos juízes, que deveriam conhecer as utilidades e os custos de todas as pessoas da sociedade, prever com exatidão todos os efeitos de normas alternativas, agregar e comparar os custos e benefícios sociais para, então, selecionar a norma que produzirá os maiores benefícios sociais líquidos.

A primeira dificuldade desse empreendimento reside no fato de que a utilidade e o custo são intensidades psíquicas de sentimento, de forma que o juiz não teria como agregar as utilidades e custos sociais e calcular os ganhos ou perdas líquidas. Os juízes não podem sequer confiar nos preços de mercado para proceder à análise de custo-benefício, na medida em que, fora do estado de equilíbrio geral, inexitem medidas que capturem os verdadeiros custos de oportunidade sociais (BUCHANAN, 1999; RIZZO, 1979; VAUGHN, 1980).

Como observa Krecke (1996), o juiz dos modelos econômicos tradicionais opera em uma estrutura de equilíbrio geral, em que existe uma coordenação perfeita de todos os planos individuais. Paradoxalmente, esse modelo exclui a possibilidade de qualquer problema que o direito deveria resolver, pois quaisquer descumprimentos contratuais, acidentes, crimes etc., seriam antecipados e evitados (KRECKE, 1996). Em termos mais diretos, no equilíbrio geral, o direito não teria nenhuma função a cumprir.

Os juízes encontram-se envoltos no mesmo problema de conhecimento enfrentado pelo planejador central econômico (O'DRISCOLL, 1980; ARANSON, 1992). Assim, os tribunais são incapazes de se substituir ao mercado e, assumindo o papel do leiloeiro walrasiano, simular o resultado que este alcançaria, se os custos de transação não fossem muito altos (RIZZO, 1980; KRECKE, 1996).

Na economia de mercado, os empresários também enfrentam a mesma limitação de conhecimento. Então, como justificar a tendência à eficiência do processo de mercado? Primeiramente, vale esclarecer que não é esperado que os mercados alcancem uma alocação perfeita de recursos, não obstante os preços de mercado tornem possível o cálculo econômico, meio pelo qual os empresários ajustam a sua produção às demandas do público (MISES 1998). De acordo com Kirzner (1973), os lucros funcionam como incentivos para o empresário se manter em alerta às oportunidades de correção de ineficiências alocativas. Ademais, como mostrou Alchian (1950), o mercado funciona como um mecanismo de seleção natural das firmas eficientes.

Essas características estruturais evidenciam que o processo de mercado move-se rumo ao equilíbrio. Contudo o processo judicial não apresenta atributos análogos que direcionam as normas jurídicas para a eficiência.

2.2 TEORIAS NÃO INTENCIONAIS

As origens das teorias não intencionais podem ser rastreadas às contribuições metodológicas de Friedrich Hayek. Em influente artigo, o economista austríaco (HAYEK, 1937) contestou a concepção de equilíbrio geral, por pressupor uma utópica compatibilidade mútua de planos por parte de todos os indivíduos da sociedade. Em vez de admitir

que todo mundo possui expectativas idênticas sobre os fatos e as ações das demais pessoas, a missão da análise econômica deveria ser a de explicar como esse conhecimento é adquirido. De acordo com Hayek (1945), a questão central das ciências sociais consiste em descobrir como melhor utilizar o conhecimento incompleto e disperso em milhões de mentes. No âmbito econômico, esse problema é solucionado pelo sistema de preços, que comunica informações relevantes entre os diversos agentes, direcionando-os a tomar decisões como se tivessem as informações que não possuem.

Quando os indivíduos não podem contar com o sistema de preços, são as instituições que permitem a comunicação de informações e a coordenação de planos. Para Hayek (1960; 1973), a vida em sociedade só é possível porque as pessoas seguem normas que evoluíram de hábitos inconscientes até se tornarem proposições expressas, gerais e abstratas. Hayek (1973) contrasta o direito e a legislação, afirmando que as normas abstratas e gerais do direito fornecem a informação adicional que os indivíduos precisam para tomar suas decisões, e criam as condições para a formação de uma ordem espontânea. Por outro lado, a legislação, isto é, a criação intencional de normas jurídicas é geralmente nociva, porquanto se baseia em comandos específicos que negam aos indivíduos a oportunidade de agir conforme seus conhecimentos particulares.

Leoni (1961) equipara o direito centrado na legislação a uma economia centralizada, na qual todas as decisões relevantes são tomadas por um grupo de pessoas com conhecimento limitado acerca da situação a ser regulada. À vista disso, os legisladores nunca terão certeza se estão correspondendo aos desejos dos cidadãos. Ademais, a lei escrita não garantiria a prometida segurança jurídica, por permitir a constante intervenção estatal em assuntos privados. Para Leoni (1961), a segurança jurídica, que deve ser entendida como a possibilidade de os indivíduos formularem planos de longo prazo, estaria mais assegurada por regras surgidas espontaneamente do que pela precisão das leis escritas.

Insatisfeitos com a explicação intencionalista de Posner, Rubin (1977), Priest (1977) e Goodman (1978) desenvolveram os primeiros modelos formais que procuravam explicar como a eficiência do direito jurisprudencial independe da contribuição dos juízes.

Rubin (1977) define a norma ineficiente como aquela que, ao atribuir a responsabilidade a uma das partes, impõe a esta custos maiores do que impor à outra, caso a regra fosse revertida. Assim, as normas eficientes incentivam as partes a resolver uma disputa por meio de acordo extrajudicial, já que o benefício que o demandante espera obter com uma ação judicial é menor que o custo esperado para o demandado. Por outro lado, as normas ineficientes estimulam as partes prejudicadas por ela a litigar repetidamente, até que a norma ineficiente seja substituída por uma norma eficiente. Rubin (1977) conclui que, quando ambas as partes tiverem interesse contínuo em um tipo de caso, o processo evolutivo guiará o direito para a eficiência, independentemente do método de decisão judicial. Os juízes inteligentes podem até acelerar esse processo, mas nunca o direcionar. A tendência à eficiência desaparece apenas quando nenhuma, ou somente uma das partes, estiver interessada no precedente.

Priest (1977) construiu um modelo evolucionário mais geral, que dispensa a suposição de interesse contínuo das partes. O pressuposto básico é que, quanto mais ineficiente for uma norma, mais custoso será para a parte prejudicada conviver com ela, aumentando os incentivos para a norma ser litigada futuramente. Como a probabilidade de litígio judicial é maior nas disputas envolvendo normas jurídicas ineficientes, ainda que os juízes decidam aleatoriamente, a substituição de normas ineficientes por normas eficientes ocorrerá com maior frequência do que o contrário. Priest (1977) sustenta que, mesmo que os juízes sejam hostis a resultados eficientes, eles não conseguirão impor seu viés a todas as normas do ordenamento jurídico, já que os litígios judiciais envolvem predominantemente normas ineficientes. Desse modo, o ordenamento jurídico sempre conterá maior proporção de normas eficientes, apesar da preferência dos juízes por resultados ineficientes.

Goodman (1978) propõe uma explicação que prescinde de qualquer suposição sobre a frequência de litígio, assumindo apenas que os juízes são passíveis de persuasão pelo empenho dos litigantes. Partindo do pressuposto de que o incremento nas despesas legais aumenta a probabilidade de obter uma decisão favorável, Goodman (1978) pontua que as partes têm incentivos para influenciar a decisão do juiz por meio de esforços custosos, como despesas de pesquisa jurídica, investigação fática, contratação de profissionais talentosos etc. É esperado que a parte mais prejudicada por uma norma jurídica dispenda maior quantidade de recursos e consiga efetivamente

modificar a norma ineficiente. Entretanto Goodman (1978) reconhece que a tendência à eficiência só se verifica quando a proporção dos benefícios privados coincide com a dos benefícios sociais.

Terrebonne (1981) desenvolve uma explicação baseada na teoria dos jogos evolucionários, assumindo que as normas litigadas com mais frequência têm uma menor probabilidade de sobrevivência. O modelo corrobora que o processo judicial seleciona as normas mais eficientes, salvo quando as custas judiciais forem muito elevadas, caso em que a quantidade de litígios já seria baixa. Cooter e Kornhauser (1980) demonstram que a maior quantidade de litígios e investimentos exerce uma influência moderada na formação de regras eficientes sem a intencionalidade dos juízes. Os autores reconhecem, entretanto, que modelos a priori não podem responder se realmente as normas ineficientes são mais litigadas ou induzem maiores investimentos para sua mudança.

As teorias não intencionais desconsideram pressuposto de racionalidade dos juízes, não porque os teóricos acreditam que os magistrados são realmente irracionais, mas pelo aumento da força explicativa dos modelos quando se assume que os juízes decidem de forma irracional ou aleatoriamente. Com efeito, o modelo de Priest (1977) foi reconhecidamente inspirado na demonstração de Becker (1962) de que a eficiência dos mercados prescinde da racionalidade individual, bastando apenas o pressuposto da escassez. Por sua vez, os experimentos computacionais de Gode e Sunder (1993) confirmaram que, havendo uma restrição orçamentária, o desempenho de mercado simulado com agentes de inteligência zero se aproxima dos resultados de um mercado real, com participantes humanos.

A ideia de que a ordem racional pode emergir de comportamentos irracionais e aleatórios tem sido expandida para explicar outras instituições, como as normas sociais (SUNDER, 2020). Mas, para que se possa afirmar que a ordem jurídica, além de racional, será eficiente, é preciso explicar quais são as estruturas institucionais do processo judicial que levariam os juízes a se inclinarem para a eficiência.

Para Rubin (1977) e Priest (1977), a maior litigiosidade das normas ineficientes explica a propensão à eficiência do *common law*. Todavia não é certo que as normas ineficientes sejam realmente mais litigadas. Landes e Posner (1979) afirmam que as normas ineficientes podem,

inclusive, ser menos contestadas, quando for esperado que o precedente seja reforçado pela nova decisão. Além disso, os modelos de Priest (1977), Rubin (1977) e Goodman (1978) somente são válidos quando os litigantes são representativos do mercado como um todo. Mas, como mostra Hadfield (1992), os litígios que chegam aos tribunais geralmente são apenas uma amostra enviesada de casos.

Hayek (1978a) enfatiza que a concorrência força todos os empresários a imitarem as melhorias uns dos outros, funcionando como um tipo de coerção impessoal que fará com que muitos indivíduos mudem seu comportamento de uma forma que não poderia ser provocada por nenhum comando. Alchian (1950) mostrou que somente as firmas que auferem lucros, por habilidade ou acidente, sobrevivem, forma pela qual o mercado seleciona natural e gradualmente as empresas eficientes. Kirzner (1973) destaca que os lucros motivam o empresário a coordenar planos e impulsionar o mercado para o equilíbrio. No campo jurídico, porém, as garantias e vedações da magistratura isolam os juízes dos efeitos das suas decisões, de modo que eles não podem ser afastados das suas funções por emitir normas ineficientes e nem enfrentam incentivos para empregar o máximo de esforço na pesquisa das normas mais eficientes. Desse modo, inexistente fundamento para confiar na existência de forças impessoais que levam o direito a avançar gradualmente para formas mais eficientes.

Lewontin (2000) advertiu para o risco de confundir uma metáfora útil para explicar certos fenômenos com o próprio objeto de real interesse. Esse parece ser o caso da teoria da eficiência do *common law*, que pretende equiparar o processo judicial ao processo de mercado. Por um lado, as teorias intencionais enxergam os juízes como substitutos do próprio mercado, atribuindo-lhes a capacidade de calcular custos e benefícios sociais e selecionar as normas que produzem maiores ganhos sociais líquidos. De outro lado, as teorias não intencionais situam os juízes como participantes de um mercado hipotético, em que são compelidos, por uma estrutura de incentivos e restrições, a tomarem decisões eficientes.





3

MODELO TEÓRICO

Nesta seção, vamos desenvolver um modelo de um jogo evolucionário para representar o processo de mudança normativa em um ordenamento jurídico de *common law* puro.

O ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas que podem ser classificadas em eficientes e ineficientes. As normas eficientes são aquelas que maximizam a soma das utilidades de todos os indivíduos na sociedade. Vamos assumir que as normas jurídicas são contestadas em litígios judiciais, sendo que a parte prejudicada por uma norma vigente formula uma proposta de norma jurídica que, se acolhida, solucionará a disputa e regerá os casos futuros. O processo judicial promove um confronto entre uma norma vigente e uma proposta de norma, em que somente uma sairá vitoriosa. A norma vigente pode ser mantida e a norma proposta rejeitada; ou a norma vigente pode ser superada e substituída pela proposta de norma, que passará a ser a norma vigente.

Como estamos interessados em modelar um sistema de *common law* puro, consideramos que o ordenamento jurídico é inteiramente composto por normas jurisprudenciais. Por simplicidade, desconsideramos a existência de litígios envolvendo controvérsias exclusivamente sobre questões fáticas, bem como a possibilidade de que uma nova norma seja introduzida no ordenamento jurídico sem que outra seja abandonada, o que ocorre no *distinguishing*⁴ ou nos casos efetivamente novos.

Em suma, o jogo evolucionário desenrola-se entre duas populações: normas vigentes e propostas de normas; e os juízes atuam como os responsáveis pelo mecanismo de seleção natural entre essas populações, estabelecendo a chance de cada uma das espécies dessas populações sobreviverem após um litígio. O litígio envolvendo a norma

⁴ O *distinguishing* é a situação em que o juiz ou tribunal demonstra que um caso sob julgamento se distingue da situação que ensejou a criação de um precedente, estando sujeita, portanto a solução jurídica diversa.

vigente e a proposta de norma pode ser modelado como um jogo em forma normal de soma zero, em que a norma vigente é o jogador 1 e a proposta de norma é o jogador 2, da forma apresentada no Quadro 1, a seguir.

Quadro 1 – Matriz de jogo em forma normal de soma-zero			
		Jogador 2	
		E	I
Jogador 1	E	$p_1, 1 - p_1$	$p_2, 1 - p_2$
	I	$p_3, 1 - p_3$	$p_4, 1 - p_4$

Fonte: Fonte: elaborado pelo autor desta pesquisa.

Nesse jogo, p_i é a probabilidade de a norma vigente sair vitoriosa em um litígio. Sejam x_1 e x_2 as proporções de normas vigentes eficientes e ineficientes, respectivamente, no ordenamento jurídico, e sejam y_1 e y_2 as proporções de propostas de normas eficientes e ineficientes, respectivamente; temos que $x_1 + x_2 = 1$ e $y_1 + y_2 = 1$. Sejam x'_1 , x'_2 , y'_1 e y'_2 estas respectivas proporções após litígios entre normas e propostas de normas, temos que $x'_1 + x'_2 = 1$ e $y'_1 + y'_2 = 1$ e:

$$(1) x'_1 = x_1 y_1 + x_1 y_2 p_2 + x_2 y_1 (1 - p_3)$$

$$(2) y'_1 = \frac{x_1 y_1 (1 - p_1) + x_2 y_1 (1 - p_3)}{x_1 y_1 (1 - p_1) + x_2 y_1 (1 - p_3) + x_1 y_2 (1 - p_2) + x_2 y_2 (1 - p_4)}$$

De acordo com Equação (1), uma norma eficiente surge sempre que uma norma vigente eficiente entra em confronto com uma proposta de norma eficiente; quando uma norma vigente eficiente entra em confronto com uma proposta ineficiente e a norma vigente é mantida (que tem probabilidade p_2); ou quando uma norma vigente ineficiente confronta uma proposta eficiente e é substituída (que tem probabilidade $1 - p_3$).

A Equação (2) afirma que as propostas de normas eficientes surgem proporcionalmente em relação à proporção relativa dos litígios que substituem as normas vigentes as quais tenham envolvido propostas de normas eficientes. Ou seja, se propostas de normas eficientes têm mais sucesso nos litígios que as propostas de normas ineficientes, então, haveria um incentivo para que mais propostas de

normas eficientes fossem formuladas. A ideia é que a probabilidade de o juiz julgar procedente a pretensão do requerente depende de a norma e a proposta em confronto serem ou não socialmente eficientes e da preferência ou viés dos juízes pela eficiência ou ineficiência. Desse modo, é razoável supor que as propostas de normas eficientes, ou não, evoluem de acordo com a probabilidade de sucesso dessas normas nos litígios. Assim, a parte, ao decidir promover uma ação judicial, deve levar em consideração a chance de sua pretensão ser acolhida pelo judiciário, tendo em vista os custos processuais envolvidos.

No equilíbrio, teremos que $x'_1 = x_1 = x^*$ e $y'_1 = y_1 = y^*$, ou seja, não haverá alteração nas proporções. Considerando que $x_2 = 1 - x_1$ e $y_2 = 1 - y_1$, as equações podem ser reescritas da seguinte maneira:

$$(1) x'_1 = x_1 y_1 + x_1(1 - y_1)p_2 + (1 - x_1)y_1(1 - p_3)$$

Igualando $x'_1 = x_1 = x^*$, $y'_1 = y_1 = y^*$, e isolando x^* , temos:

$$x^* = \frac{y^*(1-p_3)}{1-p_2 + y^*(p_2-p_3)} \quad (\text{Equação I})$$

$$(2) y'_1 = \frac{x_1 y_1(1-p_1) + (1-x_1)y_1(1-p_3)}{x_1 y_1(1-p_1) + (1-x_1)y_1(1-p_3) + x_1(1-y_1)(1-p_2) + (1-x_1)(1-y_1)(1-p_4)}$$

Igualando $y'_1 = y_1 = y^*$, $x'_1 = x_1 = x^*$, e dividindo ambos os lados da igualdade por y^* (assumindo que y^* é diferente de zero), temos:

$$1 = \frac{x^*(1-p_1) + (1-x^*)(1-p_3)}{x^*y^*(1-p_1) + (1-x^*)y^*(1-p_3) + x^*(1-y^*)(1-p_2) + (1-x^*)(1-y^*)(1-p_4)}$$

$$x^*y^*(1-p_1) + (1-x^*)y^*(1-p_3) + x^*(1-y^*)(1-p_2) + (1-x^*)(1-y^*)(1-p_4) = x^*(1-p_1) + (1-x^*)(1-p_3)$$

$$x^*[y^*(1-p_1) - y^*(1-p_3) + (1-y^*)(1-p_2) - (1-y^*)(1-p_4) - (1-p_1) + (1-p_3)] = (1-p_3) - y^*(1-p_3) - (1-y^*)(1-p_4)$$

$$x^* = \frac{(p_4-p_3)(1-y^*)}{(y^*-1)(p_3-p_1+p_2-p_4)}$$

Assumindo que $y^* \neq 1$, temos:

$$x^* = \frac{(p_3 - p_4)}{(p_3 - p_1 + p_2 - p_4)} = \frac{(p_3 - p_4)}{(p_3 - p_4) + (p_2 - p_1)} \quad (\text{Equação II})$$

Igualando os lados direitos das Equações I e II, temos:

$$\frac{y^*(1 - p_3)}{1 - p_2 + y^*(p_2 - p_3)} = \frac{(p_3 - p_4)}{(p_3 - p_1 + p_2 - p_4)}$$

Logo,

$$y^* = \frac{(1 - p_2)(p_3 - p_4)}{(1 - p_3)(p_3 - p_1 + p_2 - p_4) - (p_2 - p_3)(p_3 - p_4)}$$

$$y^* = \frac{(1 - p_2)(p_3 - p_4)}{(p_3 - p_1 + p_2 - p_4) + p_3 p_1 - 2 p_2 p_3 + p_2 p_4}$$

$$y^* = \frac{(1 - p_2)(p_4 - p_3)}{(1 - p_2)(p_4 - p_3) + (p_1 - p_2)(1 - p_3)} \quad (\text{Equação III})$$

Vamos assumir que os juízes e tribunais são classificados segundo o seu viés, de modo que existem juízes e tribunais com viés pela eficiência, quando preferirem normas ou propostas que produzam resultados eficientes; e juízes e tribunais com viés pela ineficiência, no caso contrário. Considerando que as recompensas são as probabilidades das normas (jogador 1) ou propostas de normas (jogador 2) saírem vitoriosas em um litígio, temos:

1. **para todos os tipos de juízes, assumiremos que eles têm aversão ao esforço (EPSTEIN, LANDES, POSNER; 2013). Portanto os juízes só substituirão uma norma vigente se a proposta de norma for de um tipo de sua maior preferência, mas, mesmo nesses casos, ainda existe uma chance de manutenção da norma vigente representada pela variável q no modelo;**
2. **logo, para juízes com viés pela eficiência, vejamos a matriz apresentada no Quadro 2.**

Quadro 2 – Matriz de jogo em forma normal com juízes com viés pela eficiência

		Jogador 2	
		E	I
Jogador 1	E	1, 0	1, 0
	I	$q, 1 - q$	1, 0

Fonte: Fonte: elaborado pelo autor desta pesquisa.

3. E, para juízes com viés pela ineficiência, vejamos a matriz no Quadro 3.

Quadro 3 – Matriz de jogo em forma normal com juízes com viés pela ineficiência

		Jogador 2	
		E	I
Jogador 1	E	1, 0	$q, 1 - q$
	I	1, 0	1, 0

Fonte: Fonte: elaborado pelo autor desta pesquisa.

Supondo que, em uma sociedade, a proporção de juízes com viés pela eficiência seja igual a p , se um juiz é escolhido aleatoriamente na sociedade para julgar um litígio, temos a matriz apresentada no Quadro 4.

Quadro 4 – Matriz de jogo em forma normal com juízes selecionados aleatoriamente

		Jogador 2	
		E	I
Jogador 1	E	1, 0	$p + (1 - p)q, 1 - (p + q) + pq$
	I	$(1 - p) + pq, p(1 - q)$	1, 0

Fonte: Fonte: elaborado pelo autor desta pesquisa.

Nesse caso, temos que $p_1 = p_4 = 1$, $p_2 = p + (1 - p)q$ e $p_3 = (1 - p) + pq$. Logo, substituindo nas Equações II e III, temos:

$$x^* = \frac{(p_3 - p_4)}{(p_3 - p_1 + p_2 - p_4)} = \frac{(p_4 - p_3)}{(p_4 - p_3) + (p_1 - p_2)} = p$$

$$y^* = \frac{(1-p_2)(p_4-p_3)}{(1-p_2)(p_4-p_3)+(p_1-p_2)(1-p_3)} = \frac{1}{2}$$

Portanto, temos de um lado, no equilíbrio, a proporção de normas eficientes é igual à proporção de juízes com viés pela eficiência, não dependendo do valor de q . Por outro lado, normas eficientes e ineficientes são propostas com a mesma proporção, independentemente do valor de p e de q , tendo em vista que, no equilíbrio, propostas de normas – sejam elas eficientes ou não – têm a mesma chance de saírem vitoriosas em um litígio que é dada por $p(1-p)(1-q)$. Como o que interessa para as partes é propor normas que lhes sejam, individualmente, benéficas e que tenham êxito no litígio, a proporção de propostas de normas formuladas não guarda relação com as preferências ou viés das partes. Esse resultado permanece válido sempre que $p_1 = p_4 = 1$, independente dos valores de p_2 e p_3 , ou seja, isso acontece sempre que houver aversão ao esforço por parte dos juízes.



4



4

ANÁLISE E IMPLICAÇÕES DO MODELO

O modelo teórico revela que a eficiência de um ordenamento jurídico de *common law* depende do viés judicial, ou seja, da preferência dos juízes por resultados eficientes. Por inexistir uma teoria acerca da mudança das preferências, é impossível fazer previsões sobre a direção da evolução das normas jurídicas, e não há razões para esperar que a mudança do direito caminhe sempre rumo à eficiência (BAILEY; RUBIN, 1994). Como os juízes atuam como os responsáveis pelo mecanismo de seleção natural das normas jurídicas, tudo que é possível prever é que, no *common law*, as normas jurídicas expressarão as preferências que os juízes mantêm na época da sua promulgação.

Se, linhas atrás, reconhecemos a razoabilidade da premissa da preferência judicial por resultados eficientes, por que os juízes, simplesmente, não escolhem as normas que maximizam o bem-estar social? A incerteza, quanto aos efeitos futuros das ações, faz com que juízes que preferem resultados eficientes editem normas que produzem resultados ineficientes. A falta de conhecimento suficiente acerca de fenômenos naturais e a impossibilidade de prever o comportamento humano deixam as pessoas à mercê de forças que fogem ao seu controle (MISES, 1998; 1962).

A própria natureza complexa dos fenômenos sociais dificulta a determinação das múltiplas causas que contribuem para a ocorrência de um evento (MISES, 1998; HAYEK, 1967; 1978b). Como a onisciência não foi outorgada ao ser humano, as pessoas baseiam seu comportamento nas únicas ferramentas que dispõem para assessorá-las: suas percepções sobre a relação de causa e efeito das ações, isto é, elas se baseiam em suas representações sobre como o mundo funciona. Essas percepções são chamadas de ideias (MISES, 2007; MCCLOSKEY, 2015), crenças (NORTH, 2005; MUELLER, 2016), ou modelos mentais (DENZAU; NORTH, 1994).

Os juízes não sabem, antecipadamente, quais normas jurídicas são mais adequadas para alcançar os resultados que desejam. Uma vez em vigor, a norma jurídica torna-se mais um dos diversos dados que as

peças levam em consideração no planejamento de suas ações. Quando um litígio não pode ser solucionado por critérios estritamente legalistas, os juízes decidem com base em suas crenças sobre como o mundo funciona (POSNER, 2008). North (1990) observa que, quando o preço de expressar convicções é baixo, ideias, dogmas, modismos e ideologias tornam-se importantes fontes de mudança institucional.

Desse modo, as normas jurídicas surgem como a concretização das ideias ou crenças judiciais. Quanto mais corretas forem essas ideias ou crenças, mais as normas jurídicas se aproximam do resultado pretendido. Quando afirmamos, portanto, que há juízes com viés pela ineficiência, entenda-se que eles preferem as normas ineficientes acreditando, erroneamente, que alcançarão resultados que julgam ser eficientes.

As normas jurídicas expressam os esforços dos juízes de conformar o direito às suas preferências, dentro de uma variedade de restrições que eles enfrentam.⁵ Mas as preferências são ditadas pelas ideias que os indivíduos sustentam (MISES, 2007). Caplan (2007) afirma, com razão, que as pessoas nutrem crenças irracionais quando não suportam os seus custos. Mas o que cada indivíduo entende por custos também depende das suas crenças. Os kamikazes e homens-bomba mostram que até mesmo o suicídio pode ser um ato de interesse próprio para algumas pessoas.

A evolução do *common law* não é um processo cego direcionado por forças impessoais que o conduzem, necessariamente, a um objetivo final. Na verdade, a mudança do direito jurisprudencial é um processo intencional de curto prazo, cujo critério de seleção são as ideias ou crenças dos juízes. Somente é legítimo dizer que a mudança das normas jurídicas é um processo cego, no sentido de que ninguém pode planejar a evolução do direito. Nenhum indivíduo pode dirigir o curso dos acontecimentos por mais do que um curto período de tempo (MISES, 2007). É possível que, em uma análise retrospectiva, o direito jurisprudencial pareça ter progredido na direção de algum objetivo de longo prazo. Mas isso é apenas uma consequência incidental da seleção de curto prazo de normas e proposta de normas jurídicas. Como explica Hutchinson (2005), a evolução somente poderia garantir que o direito

⁵ Essas restrições podem de ordem jurídica, como a Constituição, leis, regulamentos e jurisprudência (DROBAK; NORTH, 2008) ou sociais como, em certos casos, a opinião pública (HAYEK, 1973).

avançará em qualquer sentido normativo, se existisse uma mente coletiva que dirigisse todo o processo de mudança para um determinado objetivo.

Não sendo possível determinar a priori se as ideias ou crenças endossadas pelos juízes serão eficientes ou não, inexistente método para determinar qual dos sistemas jurídicos produzirá melhores normas. Sobre a qualidade das normas jurídicas, somente é possível fazer previsões de padrões gerais, conforme destacamos a seguir.

1) O direito jurisprudencial refletirá as convicções predominantes nos tribunais, ainda que estejam em descompasso com as ideias de justiça da sociedade.

Baum e Devins (2010) fornecem evidências de que a opinião pública de massa não exerce influência sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao contrário da opinião dos grupos de elite. Enquanto a legitimidade da Corte for robusta, os juízes têm poucos motivos para temer a desaprovação pública. Apenas, ocasionalmente, os juízes recuam das decisões fortemente impopulares. As adaptações do Tribunal às mudanças ideológicas na opinião pública são explicadas mais pela influência que as novas ideias exercem, concomitantemente, sobre o público e sobre os próprios juízes.

2) O direito legislado tende a ser mais congruente com a vontade do eleitorado mediano. Como, em geral, os parlamentares desejam renovar seus mandatos em eleições periódicas, o teorema do eleitor mediano demonstra que os parlamentares se ajustarão à vontade popular.

3) No longo prazo, o direito se conforma à opinião pública. Mesmo os juízes com viés pela ineficiência serão substituídos por pessoas, na média, representativas do espírito intelectual da época.

Toda instituição existente representa a melhor solução encontrada por uma coletividade para um problema urgente, dadas as restrições enfrentadas (LEESON, 2020; STIGLER, 1992). O direito não foge a essa lógica. Os sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law* desenvolveram-se como respostas eficientes para os problemas enfrentados em certa época por determinada sociedade. Desse modo, a eficiência de um sistema jurídico só pode ser avaliada no caso

específico, comparando a aptidão de cada modelo jurídico para solucionar os problemas concretos para os quais foram concebidos.

A teoria da eficiência do *common law* está fundada em uma metáfora entre as normas jurídicas, o processo de mercado e a seleção natural, em que as normas jurídicas emergem como resultado das múltiplas interações sociais, de modo análogo aos preços.⁶ Nessa concepção, o direito legislado equivale a uma ordem planejada imposta *top-down*; enquanto o direito judicial corresponde a uma ordem espontânea, emergente *bottom-up*, cujo resultado seria a preservação de uma sociedade livre. Mas essa associação, além de imperfeita, não comprova a superioridade do *common law*, pois as ameaças à liberdade podem ter origem não só nas leis estatais, mas também nas normas consuetudinárias, de grupos sociais e de poderes locais (LEVY, 2015; SIEDENTOP, 1979).

A atuação do judiciário no *common law* é vista com excessivo otimismo por Hayek (1960; 1973) e Leoni (1961). Para esses autores, a tarefa do juiz não consiste em uma atividade criativa, mas meramente declaratória do direito. A sua função é restaurar a estabilidade perturbada por um litígio, aplicando normas não enunciadas, mas já assentadas como usos ou costumes. A ideia é que, como os costumes emergem de práticas generalizadas e reputadas como juridicamente obrigatórias, a sua formação pressupõe o consentimento popular tácito da sociedade.

Entretanto, de acordo com Stein (2004), os costumes reconhecidos pelos tribunais de *common law* não eram os cultivados pela população de cada localidade, mas aqueles derivados da prática cotidiana dos próprios tribunais. Embora a expressão costume imemorial sugira que ele deveria ser imemorialmente antigo, Plucknett (2010) revela que não há insistência tão grande na antiguidade real ou fictícia do costume. Ademais, o direito baseado em costumes pode,

⁶ A própria ideia hayekiana da dispersão do conhecimento pode ter buscado inspiração no seguinte ensinamento de Edward Coke (2003, p. 701): "And therefore if all the reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, *Neminem oportet esse sapientiore legibus*: No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason."

facilmente, cair na armadilha da circularidade, em que uma norma consuetudinária é declarada pelo judiciário por configurar um uso ou costume presente na comunidade, mas somente ser reconhecida como uma norma costumeira por assim ter sido declarada por um tribunal.

A afirmação de que a atividade jurisdicional consiste em mera declaração do direito pré-existente é bastante disputada. Sem rodeios, Schauer (2015) sustenta que os juízes possuem o poder de criar e alterar o direito, ainda que eles disfarcem esse poder chamando-o de descoberta. Hasnas (1995) argumenta que o conteúdo das normas jurídicas é necessariamente determinado pelas preferências do intérprete, e que a estabilidade do sistema jurídico se deve a uma compatibilidade de ideias ou crenças entre os juízes. Nessa esteira, Epstein, Landes e Posner (2013) encontraram evidências de que a ideologia influencia os votos dos Ministros da Suprema Corte norte-americana.

Mesmo as normas costumeiras existentes nem sempre são formadas como os preços de um mercado em competição perfeita. Assim como existem agentes econômicos com maior poder de mercado, existem pessoas e organizações com maior capacidade de influenciar a formação dos costumes, sendo natural que elas o façam em seu benefício próprio, gerando regras informais não necessariamente eficientes. Nem mesmo há garantias de que a vontade da maioria seja sempre eficiente, afinal a crença nas maiorias não é mais justificada que a crença nos poderes sobrenaturais de reis, clérigos e nobres (MISES, 1998). Em suma, é preciso lembrar que a *sabedoria das multidões* convive com a *loucura das massas*.

Menger (1985), um dos expoentes da teoria da evolução orgânica do direito, ressaltou que a teoria da *sabedoria superior* do direito é exagerada, distorcida, e contradiz a experiência, já que muitas normas costumeiras mostraram-se prejudiciais ao bem comum, e foram corrigidas pela legislação.

Dicey (2008) conta que, segundo as regras do *common law* inglês, o matrimônio tinha por efeito a absoluta transferência de propriedade da mulher para seu marido. A mulher casada não podia celebrar contratos e a sua capacidade testamentária era bastante limitada. Além disso, o marido poderia, com ou sem o consentimento

da esposa, apossar-se para uso próprio das reservas bancárias, exigir o pagamento para si de todas as dívidas, e receber aluguéis de propriedade dela. Todas essas restrições eram consideradas por Blackstone como medidas para a proteção da própria esposa. Somente com os *Married Women's Property Acts*, de 1870-1893, é que o direito de propriedade das mulheres casadas foi regulamentado em bases justas. Esse exemplo mostra que nem a intervenção do legislador deve ser subestimada, nem a atuação do judiciário idealizada.⁷

Os efeitos das reformas radicais é um tema que ainda se encontra aberto. Acemoglu *et al.* (2011) observam que, apesar dos aparentes fracassos das mudanças institucionais planejadas em alguns países, as evidências empíricas apontam que as reformas institucionais radicais impostas pelos revolucionários franceses em muitos países europeus surtiram efeitos positivos no longo prazo. Os autores avaliam que, como os franceses invadiram e reformaram somente algumas partes da Europa, as áreas invadidas foram tomadas como o grupo de tratamento para fins de comparar o desempenho econômico relativo dessas regiões antes e após o período revolucionário. Os resultados desse experimento natural contradizem a tese da superioridade das instituições evoluídas em relação às planejadas. Acemoglu *et al.* (2011) sugere que as reformas francesas funcionaram, justamente, porque foram muito mais radicais, impedindo que fossem revertidas logo após a sua implementação. Essa seria também a explicação para o sucesso das reformas do pós-guerra na Alemanha e no Japão.

Se existisse uma relação necessária entre o *common law* e a eficiência, esse sistema jurídico seria eficiente em qualquer tempo e lugar; o movimento de convergência entre os sistemas jurídicos ocidentais (MARKESINIS, 2001; MATTEI; PES, 2008; FAUST, 2019; YU, 1999) seria benéfico apenas aos sistemas de *civil law*; e o sistema de direito consuetudinário seria prejudicado pelo aumento da legislação e da regulação.

⁷ Sandefur (2009) cita ainda o exemplo da escravidão, que seria um dos casos mais óbvios de resultados injustos derivados de uma ordem espontânea. O autor explica que os abolicionistas eram construtivistas racionais que queriam redesenhar radicalmente a sociedade com base em suas ideias preconcebidas de justiça. Por outro lado, os defensores da escravidão a viam como o resultado de regras e convenções não planejadas, cuja importância não poderia ser conhecida pela razão, e argumentavam que a libertação dos escravos acarretaria custos imensos e imprevisíveis, impossíveis de serem apontados por qualquer processo de raciocínio a priori.

As evidências históricas, contudo, contradizem estas hipóteses. De acordo com Caenegem (2006), até meados do século XII, o direito inglês e o continental pertenciam a uma mesma família jurídica, germânica e feudal, bastante semelhantes em substância e em procedimento. Mesmo com a instituição dos sistemas de direito régio pelo rei inglês Henrique II (1154 - 1189) e pelo rei francês Filipe II, ou Filipe Augusto (1180-1223), o direito inglês e o direito francês ainda não eram muito diferentes entre si, especialmente porque as decisões eram tomadas com base nos costumes locais. As características contrastantes do direito inglês e francês, que marcariam as diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, só foram sendo adquiridas no fim do século XIII e no século XIV (BERMAN, 1983).

Nos séculos XIV e XV, a França instituiu a prática de venda de cargos públicos, que gerou como consequência a inamovibilidade dos juízes, visto que se o comprador pudesse ser privado do seu cargo arbitrariamente, a barganha perderia o sentido (BRISAUD, 1915). Além disso, o sistema de venalidade dos cargos judiciais conferiu independência à magistratura, que, com o passar do tempo, foi se tornando cada vez mais corrupta e afastada da população (BERMAN, 1983). O interesse pelos lucrativos e prestigiosos cargos judiciais levou muitas famílias ricas a competir especialmente pelos cargos com assento perante as Cortes supremas. A entrada do jurista na magistratura garantia-lhe também o acesso à nobreza, tanto que parte considerável da aristocracia do *Ancien Regime* era constituída pela nobreza togada (PADOA-SCHIOPPA, 2017).

Os magistrados passaram a ser vistos como representantes dos interesses da poderosa aristocracia fundiária local (STEIN, 2004). Os juízes usavam o seu poder de ditar o direito sob o disfarce de interpretação em desfavor dos camponeses, trabalhadores urbanos, classe média, e contra as tentativas de centralização do poder governamental (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2019). Padoa-Schioppa (2017) registra que, às vésperas da Revolução, de todos os cantos da França ecoava uma crítica amarga ao poder discricionário dos tribunais soberanos, à multiplicidade dos costumes locais, e à obscuridade das leis e da linguagem jurídica. Nesse tempo, os magistrados costumavam invocar princípios gerais nebulosos, que não

estavam escritos em lugar algum, para justificar as decisões de sua preferência (CAENEGEM, 2006).

O movimento de consolidação do direito em um corpo legislativo escrito não foi uma tarefa simples. No século XV, do rei francês Carlos VII (1422-1461), por meio da *Ordonnance de Montils-lès-Tours* (1454), determinou que os costumes passassem a ser registrados em leis escritas. Isso não significou, contudo, que a monarquia reduziu o direito à única dimensão da legislação, pois o pluralismo jurídico perdurou até a Revolução Francesa (GROSSI, 2010). De acordo com Padoa-Schioppa (2017), no limiar da revolução já existiam 400 costumes locais e quase 65 regionais ou provinciais. As reformas legislativas da Coroa visando à unificação do direito no reino foram frustradas pelos próprios tribunais, que recusavam a aplicá-las, interpretavam-nas contrariamente à sua intenção ou obstruíam as tentativas de aplicá-las (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2019).

Ao contrário da França, onde o rei francês era um *primus inter pares* em relação aos senhores feudais⁸, na Inglaterra, o poder do rei se sobrepunha ao dos nobres. Desde quando o Duque da Normandia, Guilherme, o Conquistador, invadiu e tomou o trono da Inglaterra, em 1066, os reis normandos puseram em marcha uma série de reformas administrativas com o objetivo de estender o poder central sobre todo o reino (PLUCKNETT, 2010). Particularmente importante, foi a instituição de um sistema de justiça real para desenvolver um direito comum (*common law*) sobre toda a Inglaterra, já que no período anglo-saxão vigorava uma multiplicidade de direitos locais e consuetudinários.

No século XV, a *Court of Star Chamber* destaca-se do Conselho Real para garantir a fiel aplicação do direito em desfavor dos magnatas locais que eram poderosos a ponto de obstar o cumprimento da lei pelos tribunais de *common law*. Embora saudada no nascedouro, esse tribunal de prerrogativas tornou-se uma corte altamente impopular no

⁸ Brissaud (1915) relata que, ao contrário do que se acredita, mesmo no período do absolutismo, o rei não era um déspota que sujeitava todos os franceses aos seus caprichos. Os funcionários públicos não eram tão obedientes quanto hoje, não sendo raro que eles se recusassem a executar as ordens do rei, às vezes por espírito de independência, mas mais frequentemente por negligência. O historiador do direito de Toulouse conclui que a vontade arbitrária e capricho do rei só valiam em um círculo bastante pequeno, a ponto de que os reis mais absolutos eram menos obedecidos do que os funcionários mais humildes dos dias atuais.

período dos Stuarts. Isso porque, a partir do século XVI, a *Star Chamber* passou a julgar ofensas e atos políticos, ensejando críticas de que o tribunal havia se transformado em instrumento de perseguição de dissidentes. Plucknett (2010) atribui a impopularidade do tribunal de prerrogativas a uma mudança na opinião pública, já que inexistia qualquer ato, por mais abusivo, que não houvesse sido praticado antes sob os Tudors. A rejeição da corte atingiu o ápice quando o rei Carlos I (1625-1649) dissolveu o Parlamento e governou de 1629 a 1640 com a *Star Chamber* assumindo as funções legislativas.

O *common law* tornou-se, no pensamento popular, uma salvaguarda da liberdade política contra os impulsos despóticos do poder central, quando os tribunais comuns posicionaram-se em defesa da causa popular contra a Coroa (PLUCKNETT, 2010). O direito antigo passou a ser associado ao bom direito e a atitude dos juízes não causava o temor de um despotismo togado (MERRYMAN; PÉREZ-PERODOMO, 2019). Nesse contexto, a Revolução Inglesa mobilizou forças conservadoras para manter o direito sob o controle do judiciário, não por amor aos juízes, mas pela convicção de que eles eram mais confiáveis que os legisladores na tarefa de preservar a ordem social (CAENEGEN 2006, p. 48). Na comparação de Merryman e Pérez-Perdomo (2019), enquanto a Revolução Francesa buscava a rejeição da velha ordem jurídica, os ingleses exigiam a sua aceitação e, até mesmo, a sua glorificação.

Quando a ameaça de tirania vem da Coroa, a capacidade de os magnatas locais de subverter a justiça é pequena, e os juízes se estabelecem como uma força contrária ao abuso do poder central, o sistema jurídico será mais eficiente se o poder de criar as normas jurídicas for confiado ao Judiciário. Isso explica por que a aristocracia inglesa formou uma aliança tácita e gradual com os comuns para conter as pretensões da monarquia, o que incluía atribuir a administração da justiça aos juízes (GLAESER; SHLEIFER, 2002; SIEDENTOP, 1979; MERRYMAN; PÉREZ-PERODOMO, 2019). Inversamente, quando os juízes são corruptos, e a ameaça de opressão e capacidade de subversão da justiça vêm dos poderes locais, o sistema jurídico será mais eficiente se o direito for composto por leis escritas e precisas, pois, assim, será mais fácil fiscalizar o correto cumprimento das normas jurídicas (POSNER, 2008).

Desse modo, a codificação foi um remédio eficiente para conter o arbítrio do Judiciário, sendo equivocadamente associada a ideologias racionalistas, estatistas e revolucionárias, embora seja verdade que existiram códigos revolucionários, como foram os primeiros códigos soviéticos (CAENEGEN, 2006). É certo, também, que houve investidas de infundir no Código Civil francês o espírito filosófico dos revolucionários, mas esse empreendimento não teve sucesso. O primeiro projeto, de 1793, foi recusado por ser muito jurídico e pouco filosófico. Depois da crise de Temidor, um segundo projeto de codificação foi apresentado, mas logo foi abandonado, por incorporar uma ideologia que agora já estava decadente. Após algumas propostas infrutíferas, uma comissão de juristas apresentou o projeto que viria a se tornar o Código Napoleônico. Vale notar que um dos membros dessa comissão, Portalis, já havia manifestado, poucos anos antes, a sua preferência pelo direito romano e a sua desaprovação da ideia de codificação (PADOA-SCHIOPPA, 2017). A redação do código foi influenciada pela obra de Robert Joseph Pothier, um magistrado conservador, cuja doutrina incorporava elementos de direito romano e consuetudinário (STEIN, 2004). Em suma, o Código Napoleônico acabou sendo composto essencialmente pelo direito antigo, não absorvendo as ideias mais radicais veiculadas durante a Revolução Francesa (GRAZIADEI, 2019).

North (1990) pontua que as instituições mudam quando ocorrem alterações nos custos relativos ou nas preferências dos indivíduos. Os agentes das mudanças institucionais são os empreendedores (políticos ou econômicos) que reagem às alterações nos custos ou nas preferências. As mudanças dos custos modificam os incentivos dos indivíduos e organizações em interação. Embora pouco se saiba sobre a modificação de preferências, é certo que ela molda nosso discernimento acerca das alterações dos custos. Finalmente, as ideias e ideologias exercem um papel sensível no processo de mudanças das instituições, na medida em que formam a percepção das pessoas sobre os custos relativos.

As mudanças ocorridas no direito norte-americano durante a *Era Progressista* ilustram bem como o equilíbrio institucional entre tribunais e legislaturas pode se alterar para responder à necessidade de adaptar as normas jurídicas a novas ideias de justiça.

No século XIX, o *common law* incorporava o princípio do *laissez-faire*, sendo entendido como um sistema de direitos neutros e pré-políticos (SUNSTEIN, 1987). Os tribunais eram principal motor de atualização da ordem jurídica. No século XX, houve grandes mudanças tecnológicas e sociais que tornaram as regras do *common law* obsoletas numa velocidade sem precedentes. Por sua vez, os tribunais demoraram a atualizar suas visões conservadoras, de forma que não acompanharam a política social progressista desejada pela sociedade.

Durante a Grande Depressão, a economia livre mercado já havia caído em descrédito e o planejamento econômico era visto como a única opção para corrigir o caos social. A resposta jurídica à crise de 1929 veio com o *New Deal*, um conjunto de programas para recuperar a economia. Nesse período, o desejo de moldar um estado de bem-estar democrático, em resposta ao fascismo europeu e ao comunismo russo, e a lentidão frustrante dos tribunais em aceitar mudanças, fizeram com que a legislação parecesse a solução apropriada (CALABRESI, 1982). A partir de então, houve uma explosão legislativa e regulatória nos Estados Unidos.

Nos primeiros anos, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de algumas dessas leis, que contaram com ampla aprovação do Congresso. Em 1936, após uma vitória eleitoral esmagadora, o Presidente Roosevelt assumiu um segundo mandato e planejou uma retaliação à Suprema Corte, que consistia em nomear seis juízes extras para o Tribunal. Embora a reforma tenha sido barrada no Congresso, Roosevelt alcançou seu objetivo por via oblíqua, já que o Ministro Owen Roberts revisou seu entendimento e o Tribunal passou a contar com maioria para referendar as leis do *New Deal*. Essa foi a famosa *switch in time that saved the nine*.

Obviamente, isso não significa que a resposta estatutária foi plenamente exitosa, quando analisada em retrospecto. Posner (1986) e Rubin (1982) associam a ineficiência do direito estatutário às leis produzidas na Era Progressista. Calabresi (1982) pondera que os estatutos foram desejáveis por um tempo, mas, depois, muitos se tornaram obsoletos. O importante é observar que, em um cenário onde as convicções dos juízes revelam-se anacrônicas e descompassadas com os ideais de justiça da comunidade, as legislaturas podem cumprir com mais eficiência a tarefa de produzir o direito.



5

CONCLUSÃO

As teorias da eficiência do *common law* estão fundadas em uma analogia inapropriada entre o direito, o mercado e a seleção natural. Por um lado, a teoria intencionalista fracassa na sua tentativa de equiparar o juiz ao mercado, desconsiderando que os magistrados enfrentam a mesma limitação de conhecimento que o planejador central econômico, razão pela qual eles são incapazes de emular os resultados que o mercado alcançaria se os custos de transação não fossem muito altos. De outro lado, a teoria não intencionalista falha na sua tentativa de equiparar o processo judicial ao processo de mercado, dado que o primeiro não oferece para os magistrados os mesmos incentivos que o regime de concorrência oferta aos empresários.

Apresentamos um modelo de teoria dos jogos evolucionários para representar a evolução das normas jurídicas em um sistema de *common law* puro, em que, no equilíbrio, a proporção de normas eficientes é igual à proporção de juízes que nutrem preferência por normas que geram resultados eficientes, o que chamamos de viés judicial pela eficiência. O modelo aponta que propostas de normas eficientes e ineficientes são deduzidas em juízo na mesma proporção, independentemente das preferências ou viés das partes, já que o que lhes interessa é propor normas que sejam benéficas e tenham êxito no litígio. Desse modo, a eficiência das normas jurisprudenciais depende do viés judicial pela eficiência, e não do comportamento das partes.

Dado que as preferências dos indivíduos são determinadas por suas ideias, crenças ou modelos mentais, as normas jurídicas refletem as ideias que os juízes mantêm na época da promulgação. Como inexiste teoria sobre a mudança das ideias, é impossível dizer que, em qualquer situação, o *common law* produzirá normas jurídicas mais eficientes. A eficiência de um sistema jurídico só pode ser avaliada no caso específico, comparando a aptidão de cada modelo jurídico para solucionar os problemas reais para os quais foram concebidos.

As implicações do nosso modelo mostraram-se consistentes com a história da formação dos sistemas jurídicos ocidentais. O *common*

law firmou-se na Inglaterra porque os juízes acompanhavam as ideias de justiça da comunidade e se contrapunham à ameaça de tirania proveniente da Coroa. Na França, onde os juízes representavam os interesses da aristocracia provincial contra o terceiro estado e a monarquia, a solução eficiente foi limitar a discricionariedade judicial por meio da codificação. Ademais, as transformações ocorridas no direito norte-americano durante a Era Progressista mostram que, em um cenário no qual as convicções dos juízes não acompanham os anseios da sociedade, as legislaturas podem cumprir com mais eficiência a tarefa de adaptar o direito aos novos ideais de justiça.

A principal implicação do modelo é que a eficiência do ordenamento jurídico depende, em última instância, da capacidade da sociedade de cultivar crenças benéficas. Com o tempo, os juízes serão substituídos por pessoas, na média, representativas da opinião pública e as ideias da maioria prevalecerão. O Presidente Roosevelt gozava imensa popularidade, foi eleito quatro vezes e preencheu a Suprema Corte com magistrados favoráveis ao New Deal. É verdade que nem sempre é fácil discernir as ideias eficientes das ineficientes, mas nunca devemos renunciar o chamado de expandir e aperfeiçoar nosso conhecimento por meio de uma criteriosa investigação científica.



REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; CANTONI, Davide; JOHNSON, Simon; ROBINSON, James A. The consequences of radical reform: the french revolution. **American Economic Review**, v. 101, n. 7, p. 3286-3307, 2011.

ALCHIAN, Armen A. Uncertainty, Evolution, and Economic Theory. **Journal of Political Economy**, v. 58, n. 3, p. 211-221, 1950.

ARANSON, Peter H. The common law as central economic planning. **Constitutional Political Economy**, v. 3, p. 289-319, 1992.

ARROW, Kenneth J.; HAHN, Frank. H. **General competitive analysis**. Amsterdam: North-Holland, 1971.

BAILEY, Martin J.; RUBIN, Paul H. A positive theory of legal change. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 4, p. 467-477, 1994.

BARRY, Norman P. The tradition of spontaneous order. **Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought**, v. 5, n. 2, p. 7-58, 1982.

BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal. Why the Supreme Court cares about elites, not the american people. **The Georgetown Law Journal**, v. 98, p. 1515-1581, 2010.

BECKER, Gary S. Irrational Behavior and Economic Theory. **Journal of Political Economy**, v. 70, n. 1, p. 1-13, 1962.

BERTRAND, Elodie. The fugitive: the figure of the judge in Coase's economics. **Journal of Institutional Economics**, v. 11, n. 2, p. 413-435, 2015.

BRISSAUD, Jean. **A history of French public law**. Boston: Little, Brown and Company, 1915.

BUCHANAN, James M. Cultural evolution and institutional reform. In: BUCHANAN, James M. **Federalism, liberty and the law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 311-323.

BUCHANAN, James M. **Cost and choice**: An inquiry in economic theory. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

BUCHANAN, James M. Law and the invisible hand. In: BUCHANAN, James M. **Freedom in constitutional contract**. College Station: Texas A & M University, 1977, p. 25-39.

CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CAPLAN, Bryan. **The myth of the rational voter**: why democracies choose bad policies. Princeton: Princeton University Press, 2007.

CAREY, Toni Vogel. The invisible hand of natural selection, and vice versa. **Biology & Philosophy**, v. 13, p. 427-442, 1998.

COASE, Ronald H. The institutional structure of production. **University of Chicago Law Occasional Paper**, n. 28, p. 1-13, 1992.

COASE, Ronald H. The firm, the market and the law. In: COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University Press, 1988, p. 1-31.

COASE, Ronald H. The choice of the institutional framework: a comment. **The Journal of Law & Economics**, v. 17, n. 2, p. 493-496, 1974a.

COASE, Ronald H. The market for goods and the market for ideas. **The American Economic Review**, v. 64, n. 2, p. 384-391, 1974b.

COASE, Ronald H. The theory of public utility pricing and its application. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 1, n. 1, p. 113-128, 1970.

COASE, Ronald H. The economics of broadcasting and government policy. **The American Economic Review**, v. 56, n. 1/2, p. 440-447, 1966.

COASE, Ronald H. The Interdepartment Radio Advisory Committee. **Journal of Law and Economics**, v. 5, p. 17-47, 1962.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

COKE, Edward. **The selected writings and speeches of Sir Edward Coke**. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, v. 2.

COOTER, Robert. Prices and sanctions. **Columbia Law Review**, v. 84, n. 6, p. 1523-1560, 1984.

COOTER, Robert; KORNHAUSER, Lewis. Can litigation improve the law without the help of judges? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 1, p. 139-163, 1980.

COYNE, Christopher J. The law and economics of rule reform. In: ZYWICKI, Todd J.; BOETTKE, Peter J. (ed.). **Research Handbook on Austrian Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 92-108.

DAWKINS, Richard. **The blind watchmaker: why the evidence of evolution reveals a universe without design**. London: W. W. Norton & Company, 1996.

DENZAU, Arthur T.; NORTH, Douglass C. Shared mental models: ideologies and institutions. **Kyklos**, v. 47, n. 1, p. 3-31, 1994.

DICEY, Albert Venn. **Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.

DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C. Understanding judicial decision-making: the importance of constraints on non-rational deliberations. **Washington University Journal of Law & Policy**, v. 26, p. 131-152, 2008.

ELLIOT, E. Donald. The evolutionary tradition in jurisprudence. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 1, p. 38-94, 1985.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical & empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

FELLI, Leonardo; MERLO, Antonio. Endogenous lobbying. **Journal of the European Economic Association**, Vol. 4, No. 1, 1, 2006, p. 180-215.

FRIEDMAN, David D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000.

FULLER, Lon L. Law as an instrument of social control and law as a facilitation of human interaction. **BYU Law Review**, v. 89, p. 89-96, 1975.

GAROUPA, Nuno; LIGÜERRE, Carlos Gómez; MÉLON, Lela. **Legal origins and the efficiency dilemma**. New York: Routledge, 2017.

GLAESER, Edward L.; SHLEIFER, Andrei. 2002. Legal origins. **Quarterly Journal of Economics**, v. 117, n. 4, p. 1193-1229, 2002.

GODE, Dhananjay K.; SUNDER, Shyam. Allocative efficiency of markets with zero-intelligence traders: market as a partial substitute for individual rationality. **Journal of Political Economy**, v. 101, n. 1, p. 119-137, 1993.

GOODMAN, John C. An economic theory of the evolution of common law. **The Journal of Legal Studies**, v. 7, n. 2, p. 393-406, 1978.

GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **The Oxford handbook of comparative law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 442-461.

GROSSI, Paolo. **A history of European law**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

HADFIELD, Gillian K. Bias in the evolution of legal rules. **Georgetown Law Journal**, v. 80, p. 583-616, 1992.

HASNAS, John. The myth of the rule of law. **Wisconsin Law Review**, n. 199, p. 199-234, 1995.

HAYEK, Friedrich A. Competition as a Discovery Procedure. In: F. von Hayek, **New studies in philosophy, politics, economics and the History of ideas**. London: Routledge & Kegan Paul, 1978a, p. 179-190.

HAYEK, Friedrich A. Economics and Knowledge. **Economica**, v. 4, n. 13, p. 33-54, 1937.

HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty**: a new statement of the liberal principles of justice and political economy, vol. 1: Rules and order. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

HAYEK, Friedrich A. **The constitution of liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

HAYEK, Friedrich A. The pretence of knowledge. In: HAYEK, F.A. **New studies in philosophy, politics, economics, and the history of ideas**. London: Routledge, 1978b, p. 23-34.

HAYEK, Friedrich A. The theory of complex phenomena. In: HAYEK, F. A. **Studies in philosophy, politics and economics**. London: Routledge, 1967, p. 22-42.

HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society, **The American Economic Review**, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

HOVENKAMP, Herbert J. Evolutionary models in Jurisprudence. **Texas Law Review**, v. 64, n. 4, p. 645-685, 1985.

HUTCHINSON, Allan C. **Evolution and the common law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KIRZNER, Israel. **Competition and entrepreneurship**. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

KORNHAUSER, Lewis A. The new economic analysis of law: legal rules as incentives. In: MERCURO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**. Dordrecht: Springer, 1988, p. 27-55.

KRECKE, Elisabeth. Law and the market order. an austrian critique of the economic analysis of law. **Journal des Economistes et des Etudes Humaines**, v. 7, n. 1, p 1-21, 1996.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Adjudication as a private good. **The Journal of Legal Studies**, v. 8, n. 2, p. 235-284, 1979.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The independent judiciary in an interest-group perspective. **The Journal of Law & Economics**, v. 18, n. 3, p. 875-901, 1975.

LANGLOIS, Richard N. Orders and organizations: toward an austrian theory of social institutions. In: CALDWELL, Bruce; BOEHM, Stephan (ed.). **Austrian economics: tensions and new directions**. Dordrecht: Springer Netherlands, 1992, p. 165-183.

LEESON, Peter T. Logic is a harsh mistress: Welfare economics for economists. **Journal of Institutional Economics**, v.16, n. 2, p. 145-150, 2020.

LEONI, Bruno. **Freedom and the law**. Los Angeles: Nash Publishing, 1961.

LEVY, Jacob T. **Rationalism, pluralism, and freedom**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MARKESINIS, Basil. Unity or division: the search for similarities in contemporary european law. **Current Legal Problems**, v. 54, n° 1, 2001, p. 591-617.

MATTEI, Ugo; PES, Luca G. Civil law and common law: toward convergence? In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 267-280.

MCCLOSKEY, Deirdre N. It was ideas and ideologies, not interests or institutions, which changed in Northwestern Europe, 1600–1848. **Journal of Evolutionary Economics**, v. 25, n. 1, p. 57-68, 2015.

MENGER, Carl. **Investigations into the method of the social sciences, with special reference to economics**. New York: New York University Press, 1985.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 4. ed. Stanford: Stanford University Press, 2019.

MISES, Ludwig von. **Theory and history**: an interpretation of social and economic evolution. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.

MISES, Ludwig von. **Human action**: a treatise on economics. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1998.

MISES, Ludwig von. **The ultimate foundation of economic science**. Princeton: Van Nostrand, 1962.

MUELLER, Bernardo. Beliefs, institutions and development on complex landscapes. **Economic Analysis of Law Review**, v. 7, n. 2, p. 474-495, 2016.

NORTH, Douglass C. **Understanding the process of economic change**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

O'CONNOR, Karen; EPSTEIN, Lee. The rise of conservative interest group litigation. **The Journal of Politics**, v. 45, n. 2, p. 479-489, 1983.

O'DRISCOLL JR., Gerald P.; RIZZO, Mario J. **Austrian economics re-examined**: the economics of time and ignorance. New York: Routledge, 2015.

O'DRISCOLL JR., Gerald P. Justice, efficiency, and the economic analysis of law: a comment on Fried. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 355-366, 1980.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of law in Europe**: from the early middle ages to the twentieth century. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. Indiana: Liberty Fund, 2010.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. What do judges and justices maximize? (the same thing everybody else does). **Supreme Court Economic Review**, v. 3, p. 1-41, 1993.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

POSNER, Richard A. A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law. **Hofstra Law Review**, v. 9, n. 3, p. 775-794, 1981.

PRIEST, George L. The common law process and the selection of efficient rules. **The Journal of Legal Studies**, v. 6, n. 1, p. 65-82, 1977.

RIZZO, Mario J. Law amid flux: The economics of negligence and strict liability in tort. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 291-318, 1980.

RIZZO, Mario J. Uncertainty, subjectivity and the economic analysis of law In: RIZZO, Mario J. (ed.). **Time, uncertainty and disequilibrium: exploration of austrian themes**. Lexington: Lexington Books, 1979, p. 71-89.

RUBIN, Paul H.; CURRAN, Christopher; CURRAN, John F. Litigation versus legislation: forum shopping by rent seekers. **Public Choice**, v. 107, n. 3/4, p. 295-310, 2001.

RUBIN, Paul H. Common law and statute law. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 2, p. 205-223, 1982.

RUBIN, Paul H. Why is the common law efficient? **The Journal of Legal Studies**, v. 6, n. 1, p. 51-63, 1977.

SANDEFUR, Timothy. Unmade, amoral orders composed of made, moral orders? A response to John Hasnas. **Cato Unbound**, 2009, Disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2009/12/15/timothy-sandefur/unmade-amoral-orders-composed-made-moral-orders-response-john-hasnas>. Acesso em: 25 set. 2021.

SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SHLEIFER, Andrei. The enforcement theory of regulation. In: SHLEIFER, Andrei. **The failure of judges and the rise of regulators**. Cambridge: The MIT Press, 2012, p. 1-21.

SIEDENTOP, Larry. The two liberal traditions. In: RYAN, Alan (ed.). **The idea of freedom**: essays in honor of Isaiah Berlin. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 153-174.

SMITH, Adam. **The wealth of nations**: an inquiry into the nature and causes of the wealth nations. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

STEIN, Peter. **Roman law in european history**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law & Economics**, v. 35, n. 2, p. 455-468, 1992.

SUNDER, Shyam. Rational order from “irrational” actions. **Mind & Society**, v. 19, n. 2, p. 317-321, 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. **Harvard Law Review**, v. 101, p. 421-510, 1987.

TERREBONNE, R. Peter. A strictly evolutionary model of common law. **The Journal of Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 397-407, 1981.

VAUGHN, Karen I. Does it matter that costs are subjective? **Southern Economic Journal**, v. 46, n. 3, p. 702-715, 1980.

VOSE, Clement E. Litigation as a form of pressure group activity. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 319, n. 1, p. 20-31, 1958.

WHITTINGTON, Keith E. “Interpose your friendly hand”: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005.

YU, Seon Bong. The role of the judge in the common law and civil law systems: the cases of the United States and european countries. **International Area Review**, v. 2, n. 2, p. 35-46, 1999.

ZUDENKOVA, Galina. Lobbying as a guard against extremism, **The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy**, v. 17, n. 1, 2016.



idn

Bo
pro
cit
ref
Nos
são

idp

A ESCOLHA QUE
TRANSFORMA
O SEU CONHECIMENTO